sobre si un clerigo (q pidio posesion ante el juez seglar podra declinar saliendo contradictor. y sobre si es legitimo contradictor el sucessor de un mayorazgo. c



19

POR EL LICENCIADO GASPAR RAmirez de Leyua, Alcalde mayor de la ciudad de Antequera, y el Conuento de monjas de la Madre de Dios de la dicha ciudad: por cabeza de doña Ana, y doña Luysa de Rojas monjas: y por Iuan de Truxillo, vezino de la dicha ciudad.

CONTRA

EL VICARIO DE LA DICHA ciudad de Antequera, y dõ Pedro Rico de Ayala, Clerigo presbitero.

¶ EL caso deste pleyto es.

OR el año passado de 1544. Maria de Truxillo vezina de Antequera, viuda de Alonso de la Hinojosa, no teniendo hijos, ni descendientes, hizo su testamento, e instituyò por sus herederos a quatro hermanos suyos; y dexò vn prelegado de vnas casas, y vn cortijo a Catalina de Guillen, y Maria de Luzena sus hermanas; y en este prelegado dispuso lo que contiene esta clausula. *Los quales dichos bienes rayzes de tierras y casas, mando a las dichas mis hermanas, con tal grauamen, que pongo en los dichos bienes rayzes, que en ninguna manera las dichas mis hermanas, ni sus hijos, ni sucessores en ningun tiẽpo, ni por alguna causa los puedan vender, ni enagenar, sino que vengan a sus herederos y sucessores que fueren de mi linage, que tuuieren derecho de heredar a las dichas mis hermanas, y a sus descendientes y sucessores: por manera que los dichos bienes rayzes sean enagenables, y vinculados, y sujetos a restitucion, de manera que no salgan de mi parentela y linage: y si de otra manera la tal venta, o enagenacion se hiziere sea en si ninguna: y los otros mis herederos y sucessores mas cercanos, tengan derecho para deshazer la tal venta, o enagenacion, para auer, y tomar para si los dichos bienes rayzes, con el dicho grauamen de enagenacion, &c.*

¶ En virtud desta disposicion entraron a posseer las dichas dos hermanas, y auiendo muerto Catalina Guillen, sucedio Maria de Luzena en todo, la qual tuuo por hijas a doña Ysabel Rico, y a doña Maria Rico.

¶ La dicha doña Ysabel tuuo por hijo a don Iuã de Rojas, q̃ sucedio en estos bienes; y a doña Ana y doña Luysa Monjas del dicho Conuento, por cuya cabeça pretende estos bienes.

¶ Por muerte del dicho don Iuan de Rojas bien injustamente posseyò doña Maria Rico su tia, a quien pusieron pleyto las dichas Monjas el año de 1616. pretendiendo la possession de la mitad

de

de los dichos bienes, por muerte del dicho dō Iuā de Rojas: y este pleyto se contestò ante el juez seglar de Antequera.

¶ La dicha doña Mariā Rico por su testamento, q̄ otorgò en 27. de Enero deste año, instituyo por su heredero al dicho dō Pedro Rico, en los bienes que posseia del dicho vinculo, diziendo, que en su persona quedauan libres; y es de aduertir que el dicho don Pedro Rico no es de la familia de la testadora, sino persona estraña.

¶ En virtud deste testamento pidio el dicho dō Pedro Rico la possession de los dichos bienes antē el dicho juez seglar de Antequera en primero de Febrero deste año a las seys horas de la noche, poco mas, o menos, y se le dio a la dicha ora, de las casas en que viuia la dicha doña Maria Rico su tia, sin citar a persona alguna.

¶ El dicho Iuan de Truxillo tambiē pidio el dicho dia primero de Febrero la possessiō de los biēnes de la dicha Maria de Truxillo con nombre de vinculados; y supuesto que ambos pedimiētos fueron en vn mismo dia, y el del dicho don Pedro Rico a las seys de la noche; no tiene duda auer sido primero el del dicho Iuan de Truxillo: el qual en dos del dicho mes por peticion dixo, que auia tenido noticia de el pedimiento, y autos que hazia el dicho don Pedro Rico: y pidio se acumulassen a los que el hazia, pues eran sobre vnos mismos bienes.

¶ En quatro del dicho mes y año, el dicho Conuento y Monjas por muerte de la dicha doña Maria Rico, en continuacion del pleyto q̄ auian puesto, y estaua contestado contra la susodicha en su vida, sobre la mitad de los bienes: y pretendiendo de nueuo la otra mitad, dixeron que ya era muerta la dicha doña Maria; y que assi en virtud de la disposicion de la dicha Maria de Truxillo fundadora, se les auia transferido y passado la possession

de

de todos los bienes della : pidieron se declarasse assi, y se les diesse la possession actual (esto ante diferente escriuano, que es ante quien la auia pedido el dicho don Pedro Rico,) el juez la mãdò dar, y se le dio.

¶ En cinco del dicho mes y año, el dicho don Pedro Rico tomò la possession del cortijo y tierras, casas y assiento del que dixeron ser el vinculado por Maria de Truxillo, y la parte del dicho Conuento, y en su nombre que se hallò presente contradixo la dicha possession, y protestò, que no le parasse perjuyzio al dicho Conuento, por tener como tenia mejor derecho al dicho cortijo y tierras, y estarle mandada dar la possession de todo ello por autos que exhibio.

¶ Teniendo noticia del pedimiento y possession del dicho Conuento, el dicho don Pedro Rico acudio ante el dicho Vicario, diziendo, que el posseia los dichos bienes, y que siendo Clerigo procedia el juez seglar a dar la possession dellos a las dichas Monjas; pidio que inhibiesse al dicho juez seglar: y el Eclesiastico discernio sus mandamientos para este efecto: el seglar declinò ante el Eclesiastico, y pidio se inhibiesse, y apelò y protestò la fuerça en el proceder, y no otorgar, sobre esto se truxo el pleyto, y visto se remitio, y està visto en remission.

¶ Conforme a este hecho, el juez seglar y consortes pretenden, que el conocimiento de la causa le pertenece al dicho juez seglar, y no pertenece al Eclesiastico, y q̃ assi quiriendo inhibir el Eclesiastico al seglar, y procediendo con censuras a esto, para quitarle el conocimiento que le pertenece haze fuerça.

¶ Y esto en los terminos deste pleyto, si no vuiera el auto de remission, que parece que acredita la justicia del Eclesiastico con la autotidad del señor juez, o juezes que lo remitieron, no lo

tuui-

tuuimos por caso dubitable, antes entendimos q̃ procedia con llaneza, y sin dificultad la justicia del juez seglar; y assi no insistimos en los muchos fundamentos que tiene como aora se haze.

¶ Y para fundarla, serà necessario aduertir, que en quanto a la mitad de los bienes, sobre que en vida de la dicha doña Maria Rico auia pleyto pẽdiente y contestado ante el juez seglar: sin duda es, que el conocimiẽto le pertenece al dicho juez, aunque el dicho don Pedro Rico sea Clerigo, y heredero de la dicha doña Maria; porque segun la mas comun y verdadera opiniõ de Legistas y Canonistas; à qua in iudicando, & consulendo non est recedendum, el Clerigo heredero del lego deue proseguir el pleyto començado en vida del lego de quien es heredero, ante el juez seglar ante quien se començò, sin que se pueda aprouechar del priuilegio del fuero, Grego. Lop. in l. 57. verb. *ha demanda*, titu. 6. par. 1. Couarr. pract. quæst. cap. 8. num. 2. Azeued. in l. fin. titu. 4. lib. 5. Recopil. nu. 6. Barbos. in l. hæres absens, à num. 129. cum seqq. ff. de iudit. Zaball. commun. cõtra com. quæst. 36. num. 19. cum seqq. donde responden a la dicha ley 57. de partida, a Olano, y otros que quisieron fundar la contraria opinion: pero porque en esto se allana el Abogado contrario: y no es caso disputable, omitimos la mayor inspeccion que esto pudiera tener.

el clerigo heredero del lego a proseguir los pleytos comenc̃ados ante el seglar.

¶ En quanto a la otra mitad de bienes, sobre q̃ en vida de la testadora no vuo pleyto contestado, es la controuersia y dificultad deste pleyto. En lo qual se aduierte.

¶ Lo primero, que la disposicion de Maria de Truxillo es de mayorazgo perpetuo, hecho en fauor de la familia; porque en ella se dize, como cõsta de la contextura de la clausula, que los dichos bienes sean vinculados, enagenables, y sujetos a restitucion, de manera que no salgan de su parentela,

Por querer q los bienes no salgan del linaje y se prohibe la enajenacion se induce mayorazgo perpetuo.

tela y linage: y ex eo ſolum, que quiſo que los dichos bienes fueſſen vinculados en fauor del linage, ſe induze diſpoſiciõ de mayorazgo perpetuo; ex latè traditis a D.D. Ioann. del Caſtill. lib. 2. quotid. controu. cap. 22. per tot. præcipuè, nume. 42. y 43. vbi ex Mier. Angul. Azeued. & alijs concludẽter fundat quod ex eo ſolum, quod diſponens præcipiat bona eſſe vinculata reſultat in bonis vinculatis maioratus perpetua natura.

¶ Pero dado (ſin perjuyzio de la verdad) que por ſer los llamamientos hechos en fauor de dos perſonas: qui ſimul & eodem tempore ſuccedere poterant, la dicha diſpoſicion no ſe tẽga por de mayorazgo perpetuo, cuya naturaleza es, que ſea indiuiſible, & ſingulis primogenitis ordine ſucceſsiuo deferatur, ex tradditis à Molin. lib. 1. cap. 1. num. 4. cum ſeqq. No ſe puede negar que los dichos bienes ſon vinculados, y de mayorazgo; licèt propriè & verè naturam regularem maioratus diſpoſitio non contineat: pero contiene naturaleza de mayorazgo yrregular; quæ non minus, quam regularis ſeruata natura diſpoſitionis iudicari debet, ad hoc vt diſpoſitum à iure in materia maioratus in tali diſpoſitione ſeruari debeat, quod elegãter cõſiderat Molin. dict. lib. 1. cap. 1. num. 23. & 24. Dũ aſſerit, quod non ex eo quod fundator, ſeu diſponens grauamina, ſeu conditiones maioratui regulari contrarias adiiciat iudicandum erit, non eſſe maioratum ſi ſeruata natura voluntatis diſpoſitio maioratum contineat, como ſe vee en los mayorazgos que ſe fundan en hijos ſegundos, y no primogenitos, y en los mayorazgos de eleccion, y otros que ſe apartan de la regular naturaleza de los mayorazgos, en los quales ſe guardan y practicã las miſmas leyes que diſponen acerca de los mayorazgos, ſeruata natura diſpoſitionis à voluntate diſponentis tradita.

¶ Lo ſegundo ſe aduierte, que ſegun la naturale

za

4

za de la dicha disposicion de la dicha Maria de Truxillo, ora sea de mayorazgo, (lo qual tenemos por sin duda,) ora de fideicomisso perpetuo de bienes vinculados en fauor de la familia, la sucession dellos por la dicha disposicion de Maria de Truxillo, es cosa notoria, q̃ no pertenece, ni puede pertenecer al dicho don Pedro Rico, porque no es de la familia; y que siendo de la familia el dicho don Iuan de Truxillo y las dichas Monjas, el derecho de la sucession està solo entre el dicho Monasterio, y el dicho don Iuan de Truxillo; y que siendo las Monjas mas propinquas, el Monasterio por su cabeça puede suceder durãte la vida de las dichas Monjas: vt resoluit Molin. de primogen. lib. 1. c. 13. num. 95. Anton. Gom. in l. 40. Taur. nume. 66. Mier. de maiorat. 2. par. quæst. 3. nume. 17. & 32. quos & alios quam plures pro hac resolutione, refert D. D. Ioan. del Castill. lib. 3. quotid. controu. c. 12. num. 56.

el Monasterio sucede enel mayorazgo por la vida de ?? ??

¶ Lo tercero se aduierte, que aunque Antonio Gomez en la ley 45. de Toro en el num. 116. en la question, si el remedio de la dicha ley 45. de Toro, que passa la possession ciuil y natural del mayorazgo al siguiente en grado, sin algun acto de aprehension, competera al llamado en disposiciõ de mayorazgo, o fideicomisso perpetuo, hecho sin facultad Real, tuuo la opinion negatiua. Su opinion es reprobada comunmente: y la afirmatiua, de que la disposicion de la dicha ley se extiende a qualesquier bienes de mayorazgo, o vinculados por fideicomisso, en qualquiera testamento, o contrato hecho sin facultad Real, es comun y verdadera, Molin. de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 25. cũ seqq. idem lib. 3. cap. 13. num. 62. quem & Castill. Tell. Fern. Greg. Lop. Menchac. Couarru. Anton. Gom. sibi contrarium; Gom. Arias in id expendit Matienç. in l. 8. titu. 11. lib. 5. Recopil. glos. 3. num. 4. & 5. & in l. 11. titu. 6. glos. 11. num. 3. eod. lib. eleganter

la disposicion dela l. 45. de Toro a lugar enlos mayorazgos sin facultad. y enlos fideicomisos

ganter Parlad.lib.2.rer.quotid.cap.5.num.18.ibi: *Quod autem de bonis maioratus diximus, & ad bona fideicommisso vinculata pertinere, scribit Couarrub. lib.3. variar.cap.5.num.6. & quamuis sentiat contrarium, Anto.Gom.in dict.l.45.Taur.nu.116.caeterum Couarr. opinio recepta expressim est, in l.10.titu.7.lib.5.recopil. Ita enim exorditur, mandamos, que en los pleytos y negocios sobre bienes de mayorazgo y bienes vinculados, en que conforme a la ley passada se conoce en nuestro Consejo, &c.* Pluribus in id adductis Paz de Tenut.2.par. cap.51.nu.6.

¶ Lo quarto se aduierte, que el fideicomissario vniuersal, aunque los bienes no sean de mayorazgo, es legitimo contraditor para impedir la possession pedida por el heredero de derecho comũ, fundan esta resolucion Oldrald.en el cons.107.n. 10. Deci.cons.84.per tot. pero de derecho de el Reyno, conforme al qual no es nessaria restituciõ Real, ni verbal, como de derecho comun se requeria, porque se haze ya la restitucion ipso iure, procede sin dificultad la dicha resolucion, ex traditis à Matienç.in l.1.titu.4.glos.18.num.8.lib.5. Recopil. Y es mucho mas sin duda, quando los bienes sujetos al fideicomisso, son vinculados, vt in terminis probat plurium allegatione, Parlador. lib.2.rer.quotid.cap.5.nu.16.17.& 18.omnino videndus.

el fideicomissario vniversal es legitimo contraditor.

¶ Destas aduertencias necessariamente se funda, que siendo los bienes de la disposicion de la dicha Maria d Truxillo de mayorazgo perpetuo, o vinculados en fauor de la familia, luego que la dicha D.Maria Rico murio se passò en el siguiẽte llamado, (hora sea el dicho don Iuan de Truxillo, hora el dicho Monasterio, sin que la herencia se pueda considerar iacente,) la possession ciuil y natural de los bienes del mayorazgo, o vinculados por fideicomisso, y en el tal sucessor se consideran todos los efectos de verdadera possession; vt omnia

el remedio de la ley 45. de toro como passa.

nia

nia ſupra dicta egregie probat Molina de primog. lib. 3. cap. 12. num. 18. 19. 20. y 21. Auendañ. in l. 45. Taur. gloſſ. 5. num. 2. vbi alios refert, plures etiam refert Paz de Tenut. 2. par. cap. 51. nu. 6.

¶ Y que eſta poſſeſsiō ſea anterior a la que pretende auer tomado el dicho don Pedro Rico, no ſe puede dudar, cum lex citius operetur, & potentius in transferenda poſſeſsione, quando à defuncto continuatur in ſucceſſore, quam homo, y como dende el inſtante de la muerte del poſſeedor del vinculo ſe tranſpaſſe la poſſeſsion ciuil y natural en el ſiguiente en grado, ex diſpoſitione dictæ legis 45. Taur. & ex traditis à Paz de Tenut. 1. tom. cap. 39. Quando el dicho don Pedro Rico llegò a pedir la poſſeſsion, los bienes del vinculo no eſtauan, ni pudieron eſtar vacantes, porque la ley auia obrado ſu efecto deſde la muerte de la dicha doña Maria Rico, ſin que la poſſeſsion dada al dicho don Pedro Rico pudieſſe alterar en coſa alguna el derecho deſta poſſeſsion; vt eleganter conſiderat Mier. de maiorat. 3. par. quæſt. 16. num. 4. & 5. D. D. Ioann. del Caſtill. quotid. controu. lib. 3. cap. 24. num. 52. cum ſeqq.

¶ De lo qual reſulta, que en la queſtion deſte pleyto: ſi es competente, o no el juez ſeglar para reuocar el auto de poſſeſsion, que dio en fauor del dicho don Pedro Rico por la contradicion y pretenſion de los dichos Monaſterio y don Iuan de Truxillo, la juſticia del dicho juez ſeglar es manifieſta por los fundamentos ſiguientes.

¶ Lo primero, porque en los terminos deſte pleyto conforme a las doctrinas de Mieres, y del ſeñor don Iuan del Caſtillo en los lugares citados, el ſuceſſor en los bienes vinculados es Reo, porq auiendo el traſpaſſado la ley la poſſeſsion, y tratando de conſeruarſe en ella contra el dicho don Pedro, que pretendiendo poſſeer perturba al ſuceſſor; partes rei ſuſtinet verba ſunt Pelaez de

Mier. vbi supr. num. 3. ibi: *Attende etiam, quod quamuis quis petat à iudice confirmationem possessionis virtute, dictæ l. 45. nihilo magis rei, & possessoris partes obtinet secundum Bald. in cons. 454. quidam Ioannes decessit Encamedi. lib. 1. num. 1 per textum in l. liberis, § vltim. ff. de liber. caus. refert, & sequitur, & notabilem dicit Iás. in cõs. 85. quãdo habemus determinationẽ, lib. 3. & cõfirmat Tiraq. ex alijs in tract. le mors, par. 6. declara. 7.* quem refert, & sequitur dictus D.D. Ioan del Castill. vbi supr. dict. num. 53. ibi: *Quod possessor bonorum maioratus ex dispositione, dict. l. 45. Taur. agens aduersus turbantem adhuc est reus, & possessoris commodis gaudet*, & infra, ibi: *Quod possessor etiam agendo gaudet cõmodis possessoris.* Y siendo Reos el dicho Monasterio, y el dicho don Iuan, sin embargo de la possession que pretende tener el dicho don Pedro Rico, el conocimiento pertenece al juez seglar, que es competẽte en la materia, y assi no puede el Eclesiastico inhibirle.

en el remedio de la ley de soria q. no es necessaria citacion.

¶ Lo segundo, porque aunque el remedio del edicto del Diuo Adriano, y ley de Soria, que intentò el dicho don Pedro quando los bienes estan vacantes, no requiera citacion de alguno; ex Bart. in l. fin. C. de ædict. Diui Adr. Tol. num. 16. & ex alijs traditis à Menoch. de adipisc. posses. remed. 4. num. 458. Quando los bienes no estan vacantes como en este caso, porque la ley traspassa la possession en el siguiente en grado, es necessaria y precisa la citacion; ex traditis à Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. 5. num. 1. aliàs possessio non citato possessore data nullius est momenti, vt etiam tradit latè Parlad. eod. lib. 2. cap. 6. nu. 1. latè Thusc. concl. 442. litera P. num. 1. & per alios numeros eiusdem conclusionis; en tanto que se deue hazer Inquisicion, y si facilmente se puede saber quien es posseedor se deue citar; l. meminerint. C. vnde vi, & latè tradit Menoch. de recuper. posses. remed. 8. à num. 101. cum seqq. Y en el caso deste

pleyto

pleyto los posseedores eran ciertos; porque la dicha doña Maria Rico por su disposicion declarò que los bienes eran vinculados, y en la possession que el dicho don Pedro Rico tomò del cortijo, dixo que la tomaua del cortijo vinculado, y en este mismo acto se contradixo por parte del Conuento, diziendo, que era vinculado, y se le auia mandado dar la actual possession del, y antes de auer pedido el dicho don Pedro la possession, auia el dicho don Iuan de Truxillo suscitado el juyzio, diziendo, que se le auia passado la possession de los dichos bienes, y pidiendo la actual; y assi al dicho don Pedro Rico le constò antes de pedir la possession, antes de tomarla, y al tiempo que la tomò, que auia posseedor de vinculo que deuiera citar; & sic eius possessio, no priuò de la possession al que por ministerio de la ley la tenia: y el mandato del juez en este caso, ni su execucion no obrò efecto alguno, l.fin.C.si per vim, vel alio modo, l.fin.C. comminat.vel epistol. Ruin. cons. 17. num.5.lib.5. Iass.in l.clam possidere, §.qui ad nundinas, num.62.ff.de acq.posses. Menoch. de retin. posses.remed.3.num.22. quæ in id expendit decisio apud Farinac.tom.1.in nouissimis decis.135. num.3. Y no auiendo obrado efecto, por ser nulla la dicha possession, principalmente siendo quasi momentanea, & sine effectuali fructuum perceptione, no es considerable, para que por ella pueda pretender el dicho don Pedro Rico ser posseedor, vt notat Philipp.Franc.in cap.ad decimas, in secundo notab.de restit.spoliat.in 6. Ioan.Baptis. Ferret.cons.2.num.9; ita tenet Anton.Gom. in d. l.45.Taur.num.117. in hæc verba. *Vndè apertè deducitur, & infertur, quod ille tertius pænes quem sunt res maioratus nullo modo possidet, sed tantum habet nudam & simplicem detentationem, vndè non posset præscribere, licèt aliquo casu, vel tempore bona essent præscriptibilia, item etiam non posset lucrari fructus, item etiam non habe-*

bit

bit aliqua inter dicta, vel remedia possessoria, quæ datur & competunt possessoribus, & finaliter nullũ habebit effectum, qui solet produci, & causari à possessione cũ non possideat; &c. Quem refert & sequitur Molin. de primogen. lib. 3. cap. 12. num. 18. Matienç. in l. 8. glo. 5. num. 10. titu. 7. lib. 5. Recopil. mayormente pretendiendo traer a su fuero al que es legitimo posseedor.

¶ Lo tercero, porque si se considera el fin que tuuo el dicho don Pedro Rico, pidiendo la possession de defraudar la jurisdicion seglar, quando no vuiera los fundamentos referidos, era preciso que tocasse el conocimiento al juez seglar, porque todas las vezes que el Clerigo para defraudar la jurisdicion seglar, haze algun acto, conque le pretẽde priuar della, no por esso el juez seglar pierde su jurisdicion; antes el Clerigo puede ser conuenido ante el, vt in terminis considerat Bald. in l. fin. C. de ędict. Diui Adri. Tol. num. 54. & in l. testamẽta, C. de testam. & in l. acceptam. C. de vsur. Aufrer. de potest. sęculari, reg. 1. nũ. 10. Benedict. in cap. Rainuntius. verb. vxorem, Bertachin. in tract. de Episcop. 5. par. num. 49. Y que el dicho don Pedro Rico pretendiesse defraudar la juridicion seglar, es manifiesto por los autos; porque auiendo pedido don Iuan de Truxillo en primero de Febrero ante el juez seglar, que se declarasse auer passado en el la possession ciuil y natural de los bienes del vinculo: y estando ya esta accion propuesta, el dicho don Pedro Rico el mismo dia a las seys de la noche, quando no se pudiera tener noticia de los autos que hazia, presentò el testamento de la dicha doña Maria Rico, y pidio la possession: y a aq̃lla misma hora la tomò de las casas; de suerte que el fin que deste acto manifiestamente se colige, es que como tuuo noticia del pedimiento del dicho don Iuan de Truxillo, y que los bienes eran vinculados; y que si hazia pedimiento manifiesto, auia

de

q.do el clerigo haze acto para defraudar la juris dicion real. puede ser conuenido en ella.

de tener contradiciõ el auto; y era preciso litigar ante el seglar, para defraudar esta jurisdicion, hizo el pedimiento, y tomò la possession de las dichas casas clandestinamente a hora no sabida; y dilatò el tomar la possession del cortijo, por ver si lo podia hazer, sin que se tuuiesse noticia, porque no se le impidiesse el fin: y asi pretendiendo con esto defraudar la jurisdicion seglar, no se deue hazer caso de la dicha possession, aunque no padeciera los defectos que padece

¶ Lo quarto, porque conforme a la disposicion de la dicha Maria de Truxillo fundadora, los bienes estan prohibidos de enagenarse, y la institucion de heredero en el dicho don Pedro Rico, fecha por la dicha doña Maria Rico posseedora, es enagenacion y consequentemente nulla; vt ex Calderin.cons.331. alias 2.de testã. probat Thus. concl.283.num.6.litera F. Bald.cons415.per tot. lib.1. Y siendo este titulo nulo, no puede impedir la possession que se pretende auerse transferido por la disposicion de la dicha Maria de Truxillo; vt considerat Molin.de primogen.lib.3.cap. 13.num.55. Porque como no se trata de suceder a la dicha doña Maria de Truxillo, sino a la fundadora; l.cohæredi, §.cum filiæ, ff.de vulg. & pupil. l.vnum ex familia, §.si de falcidia, ff.de leg.2. No puede impedirse la possession por titulo legitimo, por vn acto fecho en virtud de titulo nullo, & nulliter facto, con fin de defraudar la jurisdicion con sciencia de quien eran posseedores sin citacion suya, y con contradicion hecha en el acto de la possession.

La institucion contra la prohibicion de enajenacion es nulla.

¶ Lo quinto, porque quando supusieramos que auiendo tomado la possession el dicho don Pedro legitimamente, entrara vn contradictor legitimo a pedir que se reuocasse ante el mismo juez que la dio, preciso es que deuia ser oydo, Peregrin. de fideicommis. art.48. num.47. Principalmente si

el clerigo q pidio posesion ante el seglar no puede declinar.

allegasse estar tambien en possession; porque si estando en possession se vuiesse dado a otro la possession, seria ninguna, y no quitaria el derecho al posseedor, y el conocimiento de si lo quitò, o no lo quitò, la possession dada sin citacion del que pretende que possee, no puede ser de otro juez q̃ del que la mandò dar, aliàs, le tocaria a diferente juez ver la justificacion de la possession que otro juez mandò dar: lo qual parece absurdo, y contra todo derecho.

¶ Lo sexto, porque auiendo pedido el dicho dõ Pedro Rico la possessiõ ante el dicho juez seglar, pareciendo legitimo contradictor; que pide reuocacion de ella, el juez seglar es competente para conocer desto, aunque el dicho don Pedro Rico sea Clerigo; esta conclusion la prueua por algunos fundamentos AEmil. Ferret. cõs. 27. num. 11. & cons. 30. num. 2. omninò videndus.

¶ La misma por siete fundamentos precisos tiene y sigue ex plurium allegatione, Peregrino de fideicommis. artic. 48. à num. 63. vsque ad nũ. 69.

¶ La contraria opinion ha pretendido el Abogado de don Pedro Rico, que sigue Marta de iurisdict. 4. par. centur. 2. casu 159. à num. 6. Donde refiere algunos por su opinion, y responde a algunos de los fundamentos de Peregrino, afirmando que el Clerigo que con auto y mandamiento de juez seglar fue metido en la possession de algunos bienes, no puede ser despojado dellos sin ser conuenido ante el juez Eclesiastico.

¶ Qual destas opiniones sea mas verdadera, pende de los fundamentos que por cada vna de las que siguen se alegan por los dichos Doctores; pero aunque los que Peregrino alega son tan cõcluyentes, que no admiten la respuesta que Marta les da para los terminos deste pleyto: conforme a la vna y a la otra opinion, el juez seglar es competente para reuocar el auto de possession, manda-

da dar al dicho don Pedro Rico.

¶ Por la opinion de Peregrino ſin duda es.

¶ Por la opinion de Marta ſe funda en la manera ſiguiente.

¶ Auiendo eſte Doctor conſtituydo por regla en el lugar citado, que ſi vno fue metido en poſſeſsiõ por autoridad del Iuez, y parece vn legitimo contraditor, que alega juſta cauſa para impedir la poſſeſsion, deue ſer oydo; en el num. 2. refiere la queſtion, reſolucion, y fundamentos de Peregrino, en el artic. 48. en el num. 63. y en el num. 6. auiendo dicho, que la opinion de Peregrino, iure non ſubſiſtit, haze vna diſtincion de dos caſos, la qual proſigue haſta el fin del ſuyo. En el primero caſo dize, que no procede la opinion de Peregrino por los fundamentos que alli refiere. En el ſegundo la admite.

¶ El primero caſo es, quando el Clerigo fue metido en poſſeſsion por el juez ſeglar, en caſo que ſe haze verdadero poſſeedor, que entonces dize que no podra el miſmo juez ſeglar, aunque parezca legitimo contraditor, impugnar ſu poſſeſsion, ſino que ha de ſer conuenido ante el juez Ecleſiaſtico.

¶ En eſte caſo, para eſta reſolucion preſupone neceſſariamente el dicho Autor, que el Clerigo fue metido en poſſeſsion legitimamente, in illis verbis: *Primus articulus eſt in caſibus in quibus Clericus immiſſus in poſſeſsionem verè poſsidet.* Y para que en los terminos deſte pleyto, el dicho don Pedro Rico metido en poſſeſsiõ, por el auto del juez ſeglar ſe hiziera verdadero poſſeedor: era neceſſario, o que los ſuceſſores en el vinculo en quiẽ la ley traſpaſsò la poſſeſsion fuerã citados, o que los bienes eſtuuieran vacantes, porque aliàs la poſſeſsion dada ſin citar al poſſeedor, es nula ipſo iure, y no ſe haze vere poſſeſſor el Clerigo metido en poſſeſſion en virtud del tal auto: imò efficitur iniuſtus detentator, & ſpoliator, y por tal poſſeſsion no ſe

per-

perjudica el derecho del verdadero posseedor, ni consigue efecto alguno de los que suele causar la possession, ex supra traditis: y assi la conclusiõ de este Doctor en esta primera parte de la distincion junta con la resolucion del segũdo caso, en el nu. 30. donde funda, que quando el Clerigo metido en possession, por mandamiento del juez seglar, non efficitur verè possessor, puede reuocar el auto el tal juez, necessario concluditque en el caso deste pleyto, en que no se puede fundar, iure, nec ratione, nec æquitate, que el dicho don Pedro Rico por el dicho auto de possession, effectus sit verè possessor, que el juez seglar que le mandò dar la possession, es competente para reuocarla.

¶ Los fundamentos que Marta alega por su resolucion, todos tienen euasion y legitima respuesta en los terminos deste pleyto.

¶ El primero es el del num. 10. que el Clerigo sobre la reuocacion de la possession ha de ser conuenido ante su juez.

¶ Este fundamento presupone, que el Clerigo ha de ser Reo y legitimo posseedor; y en los terminos deste pleyto, como dexamos fundado por la doctrina de Mieres y del señor don Iuan del Castillo, y los que alegan el dicho don Pedro Rico es Actor, y Reos los sucessores, en el vinculo en quien la ley traspassò la possession desde el instãte de la muerte del vltimo posseedor.

¶ El segundo fundamento, que Marta da por razon de su conclusion en el num. 14. cum seqq. es dezir que metido el Clerigo en possession por auto del juez; hora se juzgue interlocutorio, o difinitiuo, cessa la instancia y el oficio del juez; y q como ab immissione in possessionem, ex l. fin. C. de ædict. Diui Adr. Tolend. non datur apellatio finita est instantia in qua contradictor audiendus erat: y que assi se ha de començar nueuo juyzio ante el Eclesiastico.

¶ Hoc

¶ Hoc enim fundamentum minus considerabile est, aduirtiendo, que como hemos dicho antes que el dicho don Pedro Rico pidiera la possession en virtud del tastamento de la dicha doña Maria Rico, auia el dicho don Iuan de Truxillo presentado ante el mismo juez el testamento y vinculo de Maria de Truxillo, y pedido que se declarasse auer passado en el la possession ciuil y natural, y por este pedimiento siendo la acciō Real, los bienes del dicho vinculo quedaron litigiosos; auth. litigiosa, C. de litigios. Guid. Pap. decis. 227. num. 6. Y como en este tiempo el dicho don Pedro Rico no auia pedido la possession, ni se le auia mandado dar la dada despues de los bienes ya litigiosos, no pudo alterar la litispendencia, introduzida por el pedimiento del dicho don Iuan de Truxillo, y no importarà que se diga que no estuuo contestada, porque como hemos dicho por solo el pedimiento se hizieron los dichos bienes litigiosos, y porque en aquel estado no vuo persona a quien citar, porq̃ ni el dicho don Pedro posseia, ni auia intentado juyzio alguno; y asi no se puede dezir, que la instancia possessoria se acabò con el auto de possession, pues la instancia sobre la possession de los bienes se començò por el pedimiento de don Iuan de Truxillo, y no por el de don Pedro Rico.

¶ Vlterius, en qualquier acontecimiento, quando la possession verdadera no estuuiera en el sucessor del dicho vinculo, no podia auerse acabado la instancia, supuesto que la possession que el dicho don Pedro Rico tomò, fue contradicha por el Monasterio, & sic non mansit verè possessor; demas de que no cabe en buē sentido, que por vn pedimiento hecho por el dicho don Pedro Rico sumario, sin citacion de parte hecho de noche, y por vn auto proueydo en el mismo instante, sin termino para poder contradezir, y por la possession da-

da en la misma hora, se quiera fundar que este fue juyzio, e instancia acabada y fenecida, para que el mismo juez no pueda oyr al posseedor, ni al mismo don Iuan de Truxillo, que antes deste pedimiento y juyzio tenia deduzido su derecho, & sic, la razon de Marta no es aplicable a este caso, porque presupone terminos habiles, quando al Clerigo se le dio la possession por vn juyzio legitimo seguido con tiempo competente, en que si vuiera contradictor legitimo pudiera oponerse.

¶ Y bien considerado el pedimiento del dicho don Pedro Rico, no se extendio a pedir la possession de los bienes deste vinculo, ni la que se dio se dio en virtud de auto que los expressasse, porque pretendio la possession de los bienes de doña Maria Rico como su heredero; y no consta que diesse informacion, ni hiziesse probança, que los bienes deste vinculo de que tomò possession quedassen por bienes de la dicha doña Maria Rico, como era necessario; ex dict. l. fin. C. de ædict. Diui Adr. Tol. vbi communiter DD. Porque solo presentò el testamento de la dicha doña maria Rico con informaciõ de que era muerta, y asi ni el pedimiento, ni el auto de possession se extẽdio a que se le diesse de lo que no era de la dicha doña Maria Rico. Conforme a lo qual, la possession que tomò no es con autoridad de juez; nec verè, nec ficte est possessor, neque detentator, immò, el Monasterio q̃ en virtud del testamento de Maria de Truxillo tomò possession, el mismo dia aunque posterior, possee, verè, & legitimè, y ha de ser manutenido en su possession.

¶ Y esto se justifica ineuitablemente en este caso, si el dicho don Pedro Rico vuiesse de ser remitido al Eclesiastico, tamquã verè posidens; (que es el fundamento con que Marta tiene la opinion contraria a Peregrino,) ante el Eclesiastico se auria de intentar juyzio de propriedad, porque si

por

por la possessiõ dada por el seglar, effectus est verè posidens: y aquel juyzio de possessiõ se tuuo por fenecido, en todo quedariá frustrados los que legitimamente posseen por vna cautela, o malicia notoria, contra vn justo, verdadero, y tilulado posseedor, quod nullatenus est ferendum.

¶ Y es demonstracion la justicia del juez seglar con la consideracion siguiente.

¶ En el estado presente pretenden don Iuan de Truxillo, el Monasterio, y don Pedro Rico, que posseen, don Iuan por ministerio de la ley 45. el Monasterio por el ministerio desta ley, y por la actual possessiõ que le dio el juez: don Pedro Rico por la dicha possessiõ que le mãdò dar el juez, tal qual, juzgandose por todo derecho y razon, qual destos sea verdadero posseedor, no se puede negar, sino que lo es, o el Monasterio, o don Iuan de Truxillo; ex traditis à Menoch. de retinend. posses. remed. 3. à nu. 715. cum seqq. Porque posseen con titulo claro, que vence en antiguedad, en certeza, el titulo en que pretende fundar el dicho don Pedro su possessiõ, es notorio en qualquiera dellos el derecho de la propriedad.

¶ Siendo esto asi, que razon puede auer para q̃ sea la possessiõ injusta, nula por titulo nulo, pedida en fraude de la jurisdicion Real, tomada clãdestinamente, contradicha; y despues de fecho el pedimiento por el pretensor del vinculo, demas eficacia para obrar, que el dicho don Pedro Rico aya de ser tenido por posseedor y Reo, y lleuar a los verdaderos posseedores a su fuero, que la possession justa titulada legitime obtenta, para que el juez seglar dexe de conocer de lo que le pertenece; cum ille qui petit conseruationem suæ possessionis defensor dicitur, & non actor, gloss. in l. 1. verb. fiat, ff. de Carboni. Bald. in l. post sententiã, num. fin. C. de sent. & interl. om. iudic. & reug. verè dicitur non agens, Bart. in l. de pupillo, §. si procurator

qui petit conservationem suæ possessionis defensor dicitur et non actor.

curator

curator auto.num.1.ff.de nou.op.nunt.Cabalcan. decis.45.num.33.Ant. Gab. com. contra comun. concl.5.num.114 & sic: las razones y fundamentos de Marta no son adequados a este caso, antes à ratione cessante fundan la opinion de Peregrino.

¶ El fundamento que en las causas possessorias, por el remedio de la ley final, non datur appellatio quo ad effectum suspensibum; tampoco es de substancia, porque todos conuienen, en que potest appellari quo ad effectum deuolutibum: y esto basta para conseruar la jurisdicion del seglar, y oy estan en tiempo los dichos Monasterio, y don Iuan de Truxillo de poder apelar; & sic non potest iudicari extincta iurisdictio sæcularis.

Conforme a lo qual, tantum abest, que la doctrina de Marta, y de los que alega, puedan ajustarse a los terminos deste pleyto, que por ella misma junta la resolucion del segundo caso, (en que afirma: que quando Clericus nõ efficitur verè possessor, procede la doctrina de Peregrino,) se funda el derecho del juez seglar innegablemente, præcipuè, considerando, que la materia de que se trata, que es de bienes vinculados, en que el dicho don Pedro Rico no puede tener derecho de propriedad, ni de possession, que es caso en que decide la question en fauor del juez seglar; Paz de Tenut. cap.63.per tot.vbi per plura fundamenta, & resolutiones concludit Clericum, etiam actualem rei possessorem debere litigare coram tribunali sæculari, & respondet a la doctrina de Ancharrano, y a Bobadilla; y otros en que el Abogado contrario pudiera fundar su pretension: y porque en el dicho lugar trata el dicho Paz exactamente la materia por todo el capitulo, nos contentamos con su alegacion, suplicando a V.m. le mãde ver exactamente.

¶ Tampoco la satisfacion que Marta da a los

funda

fundamẽtos de Peregrino es de consideració, principalmente la que da a la reserua que el juez por el auto haze, diziẽdo, q̃ la mãda dar sin perjuyzio de tercero que mejor derecho tenga, porque esta reserua obra intencion en el juez, de no dar derecho de possession al Clerigo auiendo legitimo contradictor, sin discusion del derecho del tal legitimo contradictor, o tercero, y es en cierta manera reseruar el conocimiento deste derecho en si, para q̃ por su auto no se perjudique, y el Clerigo q̃ en virtud deste auto calificado toma la possession, preciso es, que estè sujeto a la calidad del auto, porque vsando de lo que es en su fauor, ha de quedar sujeto a lo que es en su perjuyzio; vt explurium allegatione in materia statuti vltra tradita a Peregrino en el lugar citado, secundum communem opinionẽ eleganter resoluit Bursat. cõs. 93. nu. 29. vol. 1. Y esta es la razon, porque en la materia de tenutas el Clerigo que la obtuuo en el Consejo, puede ser cõuenido en el Tribunal seglar sobre la propriedad; vt in terminis probat Paz de Tenut. cap. 64. per. tot.

¶ Y en los terminos deste pleyto, donde la justicia en lo principal es tan notoria en fauor de los sucessores en el vinculo, y la injusticia de parte del dicho don Pedro Rico tan manifiesta, que no tiene otro fin que querer obtener vna possession injusta, y contra todo derecho y justicia, (remedio no seguro en conciencia para el, ni para los Abogados que lo defienden; ex traditis à Ioann. Gutier. cons. 6. num. 12.) para q̃ lleuando a su fuero a los verdaderos señores y posseedos, obligalos con molestias ha desistir de su justa pretension y derecho, quod nullatenus est permitendum. Y assi se ha de declarar que el dicho juez haze fuerça: salua in omnibus, &c.